



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2019

---

## **Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs**

Von der Crone, Hans Caspar ; Moschen, Corina

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-184093>  
Book Section

Originally published at:

Von der Crone, Hans Caspar; Moschen, Corina (2019). Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs. In: Portmann, Wolfgang; et al. Gedenkschrift für Claire Huguenin. Zürich: Dike, 479-493.

# Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von  
Wolfgang Portmann  
Helmut Heiss  
Peter R. Isler  
Florent Thouvenin



## Gedenkschrift für Claire Huguenin



# Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin  
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

**Wolfgang Portmann**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**Helmut Heiss**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**Peter R. Isler**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

**Florent Thouvenin**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**DIKE** 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-3-03891-107-4

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin .....	VII
Autorenverzeichnis .....	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht? .....	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i> .....	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR   CO 2020 : un projet abandonné ? .....	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses .....	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse .....	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit .....	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn .....	157



TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen ..... 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von  
Geschäftsentscheiden ..... 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? ..... 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel ..... 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht ..... 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung  
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) ..... 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten ..... 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste ..... 325

PETER GEORG PICHT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz ..... 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung  
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters ..... 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte ..... 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller ..... 397

ANTON K. SCHNYDER

Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht ..... 413

ROLF SETHE

Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung ..... 423

FLORENT THOUVENIN

Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern..... 463

HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN

Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis  
zur Einlagepflicht des Aktionärs..... 479

ROLF H. WEBER

Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen..... 495

Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin ..... 507



# Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs

*Hans Caspar von der Crone / Corina Moschen*

## Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage	479
II.	Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR	481
1.	Personeller Geltungsbereich	481
2.	Sachlicher Geltungsbereich	482
a)	Ungerechtfertigte offene Leistungen der Gesellschaft	482
b)	Ungerechtfertigte verdeckte Leistungen der Gesellschaft	483
3.	Anwendung von Art. 64 OR anstelle des Kriteriums der Bösgläubigkeit	485
4.	Anspruchs- und Klageberechtigung	486
III.	Verhältnis der Rückerstattungsklage zur Einlagepflicht	487
1.	De lege lata	487
2.	De lege ferenda	489
a)	Funktion von Art. 680 Abs. 2 OR	489
b)	Kein Wiederaufleben der Liberierungspflicht	490
c)	Verjährungsfristen	491
IV.	Schlussbemerkung	492

## I. Ausgangslage

Mit der laufenden Revision des Aktienrechts soll die aktienrechtliche Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR unter Beibehaltung der Struktur der Bestimmung grundlegend überarbeitet werden. Abs. 1 bezweckt den Ausgleich «offener» Leistungen, die den gesetzlichen Ausschüttungsvoraussetzungen nicht genügen; nach Abs. 2 führen die «verdeckten» Ausschüttungen zu einer Rückerstattungspflicht. Die bestehende Regelung enthält strenge Voraussetzungen für eine Rückerstattungspflicht, insbesondere das offensichtliche Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage sowie die Bösgläubigkeit, was sich in der relativ schmalen Praxis des Bundesgerichts zur Thematik widerspiegelt. Um

die Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft auf Rückerstattung ungerechtfertigter offener oder verdeckter Leistungen zu erleichtern, soll der Anwendungsbereich der Rückerstattungsklage in dreierlei Hinsicht erweitert werden: Zum einen soll der Rückerstattungsanspruch beim Leistungsempfänger keine Bösgläubigkeit mehr voraussetzen (vgl. Art. 678 Abs. 1 OR). Zum anderen soll das im Wortlaut von Art. 678 Abs. 2 OR verankerte und von der Rechtsprechung und einem grossen Teil der Lehre<sup>1</sup> als sinnwidrig bezeichnete Kriterium des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage gestrichen werden. Überdies soll der Kreis der rückerstattungspflichtigen Leistungen in Art. 678 Abs. 1 E-OR<sup>2</sup> um die ungerechtfertigten Vergütungen, gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven und «anderen Rückzahlungen» erweitert werden.

Der gegenwärtige Wortlaut von Art. 678 Abs. 1 OR bezieht sich nur auf ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen, weshalb die Rückforderung von Kapitalrückzahlungen nicht über Art. 678 OR erfolgt.<sup>3</sup> Indes wird der Wortlaut von Art. 680 Abs. 2 OR, wonach dem Aktionär kein Recht zusteht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, dahingehend ausgelegt, dass eine allfällige Rückzahlung von geschütztem Kapital die Einlagepflicht wieder aufleben lässt.<sup>4</sup> In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob nach revidiertem Recht alle Fälle von Rückzahlungen in den Anwendungsbereich der Rückerstattungsklage fallen werden und damit die extensive Auslegung von Art. 680 Abs. 2 OR in der Neufassung von Art. 678 E-OR aufgehen wird.

---

<sup>1</sup> HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil., Zürich 1994, 275; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 556; DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss., Zürich 2005, § 6 N 12 und § 7 N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 121; SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss., Zürich 1996, 200 ff.; VOGT, in Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 680 N 16; BGE 140 III 602 E. 9.2 ff.

<sup>2</sup> Die (nachfolgenden) Verweise auf «E-OR» beziehen sich auf das Geschäft des Bundesrates 16.077, Stand: Fahne Entwurf 1 Sommersession 2019 Beschluss Ständerat vom 19. Juni 2019, abrufbar unter <[https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/2016\\_0077/S1-33%20D.pdf](https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/2016_0077/S1-33%20D.pdf)> [zuletzt besucht am 28. Juni 2019]). Sämtliche nachfolgenden Bemerkungen über die Situation *de lege ferenda* beziehen sich – in der Annahme, dass das revidierte Aktienrecht so in Kraft treten wird – auf diesen gegenwärtigen Stand.

<sup>3</sup> BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 28. Siehe ausführlich hinten Ziff. III.1.

<sup>4</sup> BGE 109 II 128 E. 2.

## II. Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR

### 1. Personeller Geltungsbereich

Die Rückerstattungsklage stellt einen Rechtsbehelf zur Rückforderung ungerechtfertigter offener oder verdeckter Ausschüttungen und anderer Leistungen der Gesellschaft an Aktionäre<sup>5</sup>, Organe oder diesen nahestehende Personen dar. Neu werden in Art. 678 Abs. 1 E-OR neben den Aktionären und Verwaltungsratsmitgliedern auch die mit der Geschäftsführung befassten Personen und Mitglieder des Beirats sowie alle diesen nahestehenden Personen als rückerstattungspflichtige Personen erwähnt.<sup>6</sup> Durch diese Erweiterung des Wortlauts soll einerseits klargestellt bzw. verdeutlicht werden, dass nicht nur formelle, sondern auch faktische Organe rückerstattungspflichtig sind.<sup>7</sup> Dies entspricht dem personellen Geltungsbereich von Art. 717 Abs. 1 OR und Art. 754 Abs. 1 OR und sorgt damit für Kohärenz.<sup>8</sup> Andererseits verhindert sie eine potenzielle Umgehung der Rückerstattungspflicht.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Hierzu müssen auch Partizipanten zählen, da Art. 678 OR nicht einzig den Schutz des Aktien-, sondern auch des Grundkapitals bezweckt (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 528; DÜRR [FN 1], § 6 N 2; SPÖRRI [FN 1], § 4 N 4 ff.; MAUCHLE/VON DER CRONE, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 87 (2015), 200).

<sup>6</sup> Der personelle Geltungsbereich der Rückerstattungsklage gilt durch den Verweis von Abs. 2 auf Abs. 1 sowohl für offene als auch verdeckte Ausschüttungen.

<sup>7</sup> Unter geltendem Recht ist umstritten, ob der Begriff «Mitglieder des Verwaltungsrates» sowohl formelle als auch faktische Mitglieder bzw. Organe erfasst (befürwortend KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 69; unter dem Aspekt der verdeckten Gewinnausschüttung ebenfalls befürwortend DÜRR [FN 1], § 7 N 3; ablehnend SPÖRRI [FN 1], § 4 N 19 und N 33; MAUCHLE/VON DER CRONE [FN 5], 200; BSK OR II-VOGT [FN 1], Art. 678 N 6).

<sup>8</sup> MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 206; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 89 (2017), 20.

<sup>9</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 528. Bereits die an das Steuerrecht (vgl. Art. 20 Abs. 1 VStV) angelehnte Ausweitung des personellen Geltungsbereichs auf «nahestehende Personen» hatte die Miterfassung von Umgehungsgeschäften zum Ziel (BSK OR II-VOGT [FN 1], Art. 680 N 7; DÜRR [FN 1], § 6 N 4; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 1], § 50 N 115).

## 2. Sachlicher Geltungsbereich

### a) Ungerechtfertigte offene Leistungen der Gesellschaft

Nach Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre, Organe oder ihnen nahestehende Personen zur Rückerstattung von ungerechtfertigt und in bösem Glauben bezogenen Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen und Bauzinsen verpflichtet. Im Unterschied zum geltenden Recht soll auf das Kriterium der Bösgläubigkeit verzichtet werden.<sup>10</sup> Ferner erfasst Art. 678 Abs. 1 E-OR auch die ungerechtfertigte Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven (vgl. Art. 671 und Art. 672 E-OR) sowie die ungerechtfertigte Leistung von unzulässigen bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Vergütungen (vgl. Art. 735a und Art. 735c f. [E-]OR).<sup>11</sup> Überdies soll Abs. 1 um den Auffangtatbestand der «anderen Rückzahlungen» erweitert werden, was im Ergebnis bedeutet, dass die Aufzählung als nicht abschliessend zu verstehen ist. Mit dieser Erweiterung wird klargestellt, dass *jeder* ungerechtfertigte Mittelfluss von der Gesellschaft an Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen rückerstattungspflichtig ist. Entscheidend ist nicht die bilanzmässige Herkunft der Mittel, sondern dass die Leistung der Gesellschaft ohne Rechtsgrund – also ungerechtfertigt – erfolgte. Ein Rechtsgrund kann sich sowohl aus einem Kapitalherabsetzungs- oder Liquidationsverfahren als auch aus einem formell korrekten Generalversammlungsentscheid ergeben. Der Entscheid der Generalversammlung hat sich dabei nach Art. 731 Abs. 1 OR auf einen revidierten Jahresabschluss<sup>12</sup> zu stützen, der wiederum den erforderlichen Bilanzgewinn oder die für die Dividendenausrichtung gebildeten Reserven ausweist (vgl. Art. 675 Abs. 2 OR).

---

<sup>10</sup> Siehe hinten Ziff. II.3.

<sup>11</sup> Die Anwendung von Art. 678 Abs. 1 E-OR ist nicht auf Vergütungsvorschriften börsenkotierter Unternehmen beschränkt (vgl. VON DER CRONE/ANGSTMANN [FN 8], 20). Für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, gelten die Vorschriften nach Art. 732 ff. E-OR; nicht börsenkotierte Unternehmen können die (teilweise oder vollständige) Anwendung dieser Bestimmungen in ihren Statuten vorsehen (Art. 732 Abs. 1 und 2 E-OR).

<sup>12</sup> Adressaten von Art. 731 Abs. 1 OR sind grundsätzlich sowohl Gesellschaften mit ordentlicher oder eingeschränkter Revisionspflicht, sofern letztere kein *Opting-out* nach Art. 727a Abs. 2 OR oder spezifisches *Opting-down* vorgenommen haben; vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff., 4002 und 4032; BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN (FN 1), Art. 731 N 3 f.

## **b) Ungerechtfertigte verdeckte Leistungen der Gesellschaft**

Art. 678 Abs. 2 OR sieht für sog. «andere Leistungen» der Gesellschaft an Aktionäre, Organe oder diesen nahestehende Personen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen, eine Rückerstattungspflicht vor. Der dafür in der Lehre regelmässig verwendete Terminus der «verdeckten Gewinnausschüttung» ist insofern unpräzise, als generell Leistungen erfasst sind, d.h. es mithin irrelevant ist, ob die Leistung aus frei verwendbaren Mitteln erfolgte oder nicht.<sup>13</sup> Mit der laufenden Revision des Aktienrechts soll die Voraussetzung des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage gestrichen werden. Bereits zuvor wurde dieses Kriterium in der Lehre und Rechtsprechung relativiert: Die Lage der Gesellschaft gelte nur als eines der Kriterien, die in die Interessenabwägung miteinzubeziehen seien.<sup>14</sup> Die Integrität der Beziehungen der Gesellschaft zu ihren Aktionären, Organen und diesen nahestehenden Personen ist bei Rechtsgeschäften, bei denen der Leistung der Gesellschaft keine marktkonforme Gegenleistung gegenübersteht, auch dann in Frage gestellt, wenn der damit verbundene Mittelabfluss die Existenz der Gesellschaft nicht gefährdet. Schliesslich hat der Verwaltungsrat seine Sorgfalts- und Treuepflichten sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre sowohl in guten wie auch in schlechten Zeiten gleichermassen wahrzunehmen.<sup>15</sup> Mit der vorgesehenen Aufhebung der Voraussetzung des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage wird verdeutlicht, dass Art. 678 Abs. 2 E-OR als Ganzes diese Integrität durchsetzt.

Ferner soll Abs. 2 dahingehend geändert werden, dass ein ungerechtfertigter Mittelfluss vorliegt, wenn die Gesellschaft von Aktionären, Organen oder diesen nahestehenden

---

<sup>13</sup> Vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 44; KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Diss., Freiburg, Zürich/St. Gallen 2012, § 1 N 75 und § 5 N 87.

<sup>14</sup> Vgl. BGer, Urteil 4A\_195/2014 vom 27. November 2014, E. 9.2 ff.; BGE 140 III 602 E. 9.2 ff.; für die teleologische Reduktion des Kriteriums des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft HUGUENIN JACOBS (FN 1), 275; weitgehend relativierend auch BÖCKLI (FN 1), § 12 N 556 f.; DÜRR (FN 1), § 7 N 8, der die wirtschaftliche Lage einzig bei der Beurteilung der Marktkonformität der Leistungen anwenden will; BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 678 N 16, der das Kriterium nicht im Sinne einer Gefährdung, sondern im Sinne einer spürbaren Auswirkung auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verstanden haben will; MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss., Zürich 2008, Zürich/St. Gallen 2009, 76, der unter Berufung auf die herrschende Lehre vertritt, dass dem Kriterium des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft keine selbständige Bedeutung zukomme; kritisch auch SPÖRRI (FN 1), § 12 N 1 ff.; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 50 N 121; KÄGI (FN 13), § 5 N 95 f.

<sup>15</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 529; DÜRR (FN 1), § 6 N 12; BÖCKLI (FN 1), § 12 N 556.



Personen Vermögenswerte übernimmt oder mit ihnen sonstige Rechtsgeschäfte abschliesst und dabei ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Insbesondere im Zusammenhang mit der in der Aktienrechtsrevision geplanten Aufhebung der Sachübernahme nach Art. 628 OR gilt es zu verdeutlichen, dass die Übernahme von Vermögenswerten von Aktionären, Organen und diesen nahestehenden Personen zu offensichtlich nicht marktüblichen Konditionen einen Rückerstattungsanspruch aus Art. 678 Abs. 2 E-OR begründet.<sup>16</sup> Bei einer blossen Unvorteilhaftigkeit oder Unzweckmässigkeit des Geschäfts liegt noch kein offensichtliches Missverhältnis vor. Da Art. 678 Abs. 2 E-OR nicht einer allgemeinen wirtschaftlichen Überprüfung unternehmerischer Entscheide dient, sondern das Geschäftsermessen des Verwaltungsrats schützt, muss für die Begründung eines Rückerstattungsanspruchs eine «ins Gewicht fallende Wertdisparität zwischen Leistung und Gegenleistung» vorliegen.<sup>17</sup> Zumal die Empfänger der Leistung im Umfang der Diskrepanz zwischen den Marktwerten beider Leistungen ungerechtfertigt bereichert sind, sieht Art. 678 Abs. 2 E-OR dafür eine Rückerstattungspflicht vor.<sup>18</sup> Im Übrigen ordnet Art. 678 Abs. 2 E-OR keine Widerrechtlichkeit bzw. Nichtigkeit<sup>19</sup> des Rechtsgeschäfts an: Die rechtsgeschäftlich begründeten Verpflichtungen bzw. der Anspruch auf deren Erfüllung bleiben neben dem Anspruch auf Rückerstattung der ungerechtfertigten verdeckten Leistungen bestehen. Aus diesem Grund kann die Rückerstattung nicht aus Art. 62 ff. OR gefordert werden, es sei denn, das Rechtsgeschäft ist ungültig bzw. einseitig unverbindlich.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 528.

<sup>17</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 529; vgl. ferner BGer, Urteil 4A\_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.2; BGE 140 III 602 E. 8.2; BGer, Urteil 4A\_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.4.

<sup>18</sup> Die Rückerstattungsklage ist *lex specialis* zum allgemeinen Bereicherungsrecht nach Art. 62 ff. OR. Vgl. dazu VON DER CRONE (FN 13), § 9 N 61; BÖCKLI (FN 1), § 12 N 566; BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 678 N 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 50 N 113; KÄGI (FN 13), § 9 N 31; SPÖRRI (FN 1), § 19 N 1 ff.; zur Natur der Rückerstattungsklage als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vgl. BGer, Urteil 2C\_776/2012, 2C\_777/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.3.

<sup>19</sup> Vgl. aber BGer, Urteil 4A\_420/2011 vom 14. Mai 2012, E. 7.2.3, wo das Bundesgericht die Frage, ob eine gegen Art. 678a OR verstossende Solidarverpflichtung der Gesellschaft nichtig oder bloss nicht durchsetzbar ist, ausdrücklich offengelassen hat.

<sup>20</sup> Beispielsweise wegen fehlender Vertretungsmacht aufgrund eines Interessenkonflikts (vgl. Art. 718a Abs. 2; DÜRR [FN 1], § 9 N 1 ff.; KÄGI [FN 13], § 9 N 6); wegen Übervorteilung (Art. 21 Abs. 1 OR; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 1], § 50 N 120) oder bei Gewinnvorwegnahmen (vgl. MAUCHLE/VON DER CRONE [FN 5], 203).

### 3. Anwendung von Art. 64 OR anstelle des Kriteriums der Bösgläubigkeit

Die bestehende Regelung nach Art. 678 OR setzt beim Empfänger ungerechtfertigter Ausschüttungen Bösgläubigkeit voraus.<sup>21</sup> Dies führt gegenwärtig zu einer Lücke im aktienrechtlichen Kapitalschutz: Ein Aktionär, der eine auf einem fehlerhaften Rechnungsabschluss bzw. nicht in der ausgewiesenen Höhe bestehenden Bilanzgewinn basierende Dividende erhält, kann einem Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 Abs. 1 OR die Einrede der fehlenden Bösgläubigkeit mit guten Erfolgsaussichten entgegensetzen. Die aktuelle Rechtsprechung und Lehre schliessen diese Lücke mit einer extensiven Auslegung von Art. 680 Abs. 2 OR.<sup>22</sup>

*De lege ferenda* wird das Erfordernis des bösen Glaubens gestrichen, womit nach revidiertem Recht auch gutgläubige Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen rückerstattungspflichtig werden. Stattdessen wird gemäss Art. 678 Abs. 3 E-OR die allgemeine Regelung des Bereicherungsrechts über die Begrenzung des Rückerstattungsanspruchs gegenüber dem gutgläubig Bereicherten nach Art. 64 OR Anwendung auf den aktienrechtlichen Rückerstattungsanspruch finden. Demnach kann der Leistungsempfänger einredeweise geltend machen, er sei nicht mehr bereichert, weil er sich der Bereicherung in gutem Glauben entäussert und nicht mit der Rückerstattung rechnen habe müssen.<sup>23</sup> Diese Gesetzesänderung ist von konzeptioneller Bedeutung: Obwohl auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit verzichtet wird, verlangt die Entreichereungseinrede dennoch Gutgläubigkeit. Damit bietet die neue Regelung gutgläubigen Leistungsempfängern, die nicht mehr bereichert sind, weiterhin Schutz vor einem Rückerstattungsanspruch, mit dem sie nicht rechnen mussten. Im Kontext der Rückerstat-

---

<sup>21</sup> Die Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers wird nach der h.L. und Rechtsprechung sowohl für den Rückerstattungsanspruch aus Art. 678 Abs. 1 und 2 OR vorausgesetzt; vgl. BGer, Urteil 4A\_195/2014 vom 27. November 2014, E. 10.1; BGE 140 III 602 E. 10.1; VON DER CRONE (FN 13), § 9 N 50; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 202 f.; gl.M. BÖCKLI (FN 1), § 12 N 554; HUGUENIN JACOBS (FN 1), 279; MEYER (FN 14), 77; VON DER CRONE (FN 13), § 9 N 50; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 202 f.; a.M. DÜRR (FN 1), § 7 N 10; KÄGI (FN 13), § 9 N 61; implizit auch BGer, Urteil 4A\_174/2007 und 4A\_188/2007 vom 13. September 2007, wo das Bundesgericht die Bösgläubigkeit der Leistungsempfänger nicht prüfte.

<sup>22</sup> Siehe dazu ausführlich hinten Ziff. III.1.

<sup>23</sup> Nach der Rechtsprechung und Lehre wird Art. 64 OR restriktiv ausgelegt (vgl. dazu insbesondere die sog. Ersparnisbereicherung; BGE 119 II 437 E. 3b/cc; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1517).

tungsklage dürfte die Einrede der Entreichung insbesondere im Fall von Dividendenausschüttungen, die auf einem korrekt zustande gekommenen Generalversammlungsentscheid, aber einem fehlerhaften Rechnungsabschluss basieren, zur Anwendung kommen. Schwieriger wird der Nachweis der Gutgläubigkeit im Zeitpunkt des Wegfalls der Bereicherung bei Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, d.h. im Falle einer verdeckten Ausschüttung i.S.v. Art. 678 Abs. 2 OR. Im Umkehrschluss bedeutet die Regelung von Art. 64 OR, dass jeder im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereicherte Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung, unerheblich ob er gut- oder bösgläubig war, rückerstattungspflichtig wird.<sup>24</sup>

#### 4.      **Anspruchs- und Klageberechtigung**

Nicht nur die hohen materiellrechtlichen Hürden, sondern auch die schwache Anreizstruktur bzw. Probleme des kollektiven Handelns führen zur seltenen Geltendmachung von Rückerstattungsansprüchen nach Art. 678 OR.<sup>25</sup> Zum einen steht der Anspruch auf Rückerstattung sowohl *de lege lata* (Art. 678 Abs. 3 OR) als auch *de lege ferenda* (Art. 678 Abs. 4 E-OR) der Gesellschaft und jedem Aktionär zu, wobei der Anspruch des Aktionärs aber stets auf Leistung an die Gesellschaft geht.<sup>26</sup> Damit trägt der aktive Aktionär das Prozesskostenrisiko der Rückerstattungsklage, der daraus resultierende Mehrwert fällt hingegen bei der Gesellschaft an, wovon die passiven Aktionäre als Trittbrettfahrer profitieren.<sup>27</sup> Zum anderen liegt es – insbesondere auch aus dem obengenannten Grund – *de lege lata* faktisch häufig in den Händen des Verwaltungsrats, im Namen der Gesellschaft gegen die Amtskollegen oder -vorgänger vorzugehen, woran dieser regelmässig ein geringes Interesse hat.<sup>28</sup> Art. 678 Abs. 5 E-OR hält neu ausdrücklich fest,<sup>29</sup> dass die Generalversammlung beschliessen kann, dass die Gesellschaft Klage

---

<sup>24</sup> MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 207 f.

<sup>25</sup> MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 200; VON DER CRONE (FN 13), § 1 N 26 ff.; WALDBURGER, Verwaltungsratshonorare und aktienrechtliche Rückforderungsklage (Art. 678 Abs. 2 OR), Besprechung des Urteils 4A\_195/2014 des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. November 2014, GesKR 1/2015, 149.

<sup>26</sup> Dementsprechend ist die Klagebefugnis des Aktionärs als Prozessstandschaft zu qualifizieren und stellt kein materielles Recht dar (BGE 132 III 342 E. 4.3).

<sup>27</sup> Ausführlich dazu VON DER CRONE (FN 13), § 1 N 26 ff.; VON DER CRONE/ANGSTMANN (FN 8), 17 ff.; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 205 f. (m.w.H.).

<sup>28</sup> Vgl. WALDBURGER (FN 25), 149; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 205; BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 678 N 29.

<sup>29</sup> Gemäss Art. 716 Abs. 1 OR können die Statuten der Generalversammlung weitere Kompetenzen zuweisen (vgl. dazu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA [FN 1], Art. 716 N 1 ff.).

auf Rückerstattung erhebt.<sup>30</sup> Sie kann sowohl den Verwaltungsrat als auch – um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden – einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen.<sup>31</sup> Die Aktionäre erhalten damit die Möglichkeit, eine Rückerstattungsklage in die Wege zu leiten, ohne selber unmittelbar das Prozesskostenrisiko tragen zu müssen.<sup>32</sup> Der Abbau prozessualer Hürden ist zu begrüßen, da er eine Erleichterung der Durchsetzung der Rückerstattungspflicht nach sich zieht.<sup>33</sup> Des Weiteren sieht Art. 678 Abs. 6 E-OR im Konkurs der Gesellschaft die sinngemässe Anwendung von Art. 757 OR vor, womit die Durchsetzung der Ansprüche der (geschädigten) Gesellschaftsgläubiger gegenüber der geltenden Rechtslage verbessert wird.

### III. Verhältnis der Rückerstattungsklage zur Einlagepflicht

#### 1. De lege lata

Unter dem Titel der Leistungspflicht des Aktionärs legt Art. 680 Abs. 2 OR fest, dass dem Aktionär kein Recht zusteht, den (für die Liberierung einer Aktie) eingezahlten Betrag zurückzufordern. Zweck dieser Bestimmung ist die unbedingte Erhaltung des festen Grundkapitals, da der Aktionär kein Recht auf Austritt aus der Aktiengesellschaft bzw. keinen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage in das Aktienkapital hat.<sup>34</sup> Lehre

---

<sup>30</sup> Mangels einer Erwähnung im Katalog von Art. 693 Abs. 3 E-OR ist davon auszugehen, dass für den Generalversammlungsentscheid über die Erhebung einer Rückerstattungsklage allfällige Stimmrechtsprivilegien gelten (vgl. hingegen Ziff. 4 für die Verantwortlichkeitsklage).

<sup>31</sup> Diese Regelung soll im Zuge der Aktienrechtsrevision auch bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit explizit im Gesetz verankert werden (vgl. Art. 756 Abs. 2 E-OR). Nach geltendem Recht verfügt die Generalversammlung dort jedoch bereits über diese Möglichkeit (vgl. Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 i.V.m. Art. 716 Abs. 1 OR; BSK OR II-GERICKE/WALLER [FN 1], Art. 756 N 4 f. m.w.H.)

<sup>32</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 530. Der Entwurf des Bundesrates zur Aktienrechtsrevision sah noch einen Abs. 1<sup>bis</sup> für Art. 107 ZPO vor, wonach das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Im Zuge der Beratungen im Parlament wurde diese Bestimmung jedoch wieder gestrichen.

<sup>33</sup> Zu beachten bleibt aber, dass der Beschluss einer Klageerhebung die Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen an der Generalversammlung voraussetzt (vgl. Art. 703 Abs. 2 E-OR).

<sup>34</sup> BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 2 und N 15; CHENAUX, in Tercier/Amstutz/Trigo Trinidade (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 680 N 4.

und Praxis leiten über den Wortlaut hinaus ein umfassendes Verbot ab, aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen Leistungen an den Aktionär zu erbringen, d.h. die Einlage direkt oder indirekt zurückzubezahlen (sog. Verbot der Einlagerückgewähr; auch Kapitalrückzahlungsverbot genannt).<sup>35</sup> Mit anderen Worten liegt ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor, wenn mit der unzulässigen Vermögensdisposition in das geschützte Kapital eingegriffen wird, d.h. der Gesellschaft nach dem Kriterium der Mitteldeckung nicht ein Nettoaktivvermögen mindestens in der Höhe der Einlage verbleibt.<sup>36</sup>

Wie bereits dargelegt,<sup>37</sup> öffnet sich bei der Durchsetzung von Art. 678 Abs. 1 OR eine Lücke. Ein Leistungsempfänger kann einem Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 Abs. 1 OR *de lege lata* regelmässig mit guten Erfolgsaussichten die Einrede der fehlenden Bösgläubigkeit entgegensetzen, da der böse Glaube nicht immer unmittelbar zu erkennen ist bzw. als innerer Vorgang schwierig nachzuweisen ist. Die gegenwärtige Durchsetzungsordnung erfasst den gutgläubigen Leistungsempfänger indes nicht. Besonders schwerwiegend ist diese Lücke bei Ausschüttungen, die ökonomisch gesehen einer Rückzahlung der Einlage in das Aktienkapital gleichkommen und damit eine Unterbilanz verursachen bzw. verschärfen. Für diesen Fall sieht die wohl herrschende Lehre<sup>38</sup> und Rechtsprechung gestützt auf Art. 680 Abs. 2 OR ein Wiederaufleben der

---

<sup>35</sup> BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 17 ff.; BINDER, Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern 1980, Zürich 1981, 34; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 50 N 107 ff.; KÄGI (FN 13), § 4 N 62; BGE 140 III 533 E. 4.1 f. (m.w.H.); BGer, Urteil 4A\_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2 ff.; BGer, Urteil 4A\_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.1; BGer, Urteil 2C\_537/2008 vom 7. August 2009, E. 3.2; BGer, Urteil 4A\_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.2; BGer, Urteil 1P.573/1999 vom 3. Januar 2000, E. 4b; BGE 109 II 128 E. 2; BGE 87 II 169 E. 9b.

<sup>36</sup> KÄGI (FN 13), § 4 N 88 ff.; BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 29.

<sup>37</sup> Siehe vorne Ziff. II.3.

<sup>38</sup> BÖCKLI (FN 1), § 1 N 331; BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 26; BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 660-697 OR, Zürich 1957, Art. 680 N 30; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 50 N 108 f.; MEYER (FN 14), 71; VISCHER, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 84 (2012), 296. A.M. BINDER (FN 35), 41; BÜHLER, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 4/2013, 544; DÜRR (FN 1), § 5 N 46 ff.; KÄGI (FN 13), § 9 N 26 ff.; MÜLLER, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1995, 1997, 64; SPÖRRI (FN 1), § 18 N 1 ff., für die Art. 678 OR die Grundlage für einen Rückforderungsanspruch aus verbotener Einlagerückgewähr bildet.

Liberierungspflicht<sup>39</sup> bzw. eine Rückerstattungspflicht<sup>40</sup> vor. Aus dem Wortlaut von Art. 680 Abs. 2 OR kann indes kein eigenständiger Rückforderungsanspruch im Sinne eines Wiederauflebens der Liberierungspflicht abgeleitet werden, weshalb dieser Ansatz eine extensive Auslegung von Art. 680 Abs. 2 OR bedingt. Nur insofern, als dass ungerechtfertigte Leistungen i.S.v. Art. 678 OR an einen Aktionär das Aktienkapital berühren, d.h. der bei der Gründung oder Kapitalerhöhung festgesetzte Ausgabebetrag nach der Leistung nicht mehr gedeckt ist bzw. im Zeitpunkt der Leistung keine Reserven oder Gewinne vorhanden waren,<sup>41</sup> fallen sie sowohl in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR als auch Art. 678 OR.<sup>42</sup>

## 2. De lege ferenda

### a) Funktion von Art. 680 Abs. 2 OR

*De lege ferenda* wird der Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 E-OR nur noch durch die Einrede von Art. 64 OR und damit durch eine Fairnessüberlegung eingeschränkt. Durch die vorgesehene Aufhebung der Voraussetzung des bösen Glaubens des Leistungsempfängers bzw. die Möglichkeit der Einrede der fehlenden Bösgläubigkeit wird die gegenwärtig bestehende Durchsetzungslücke entfallen.<sup>43</sup> Überdies führt die Erweiterung des Art. 678 Abs. 1 E-OR um den Auffangtatbestand der «anderen Rückzahlungen» dazu, dass auch eine Rückzahlung der Einlage in das Aktienkapital bzw. eine ungerechtfertigte Ausschüttung, die geschütztes Kapital tangiert, zu einem Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 E-OR führen kann. Ferner werden die Reserven nach

---

<sup>39</sup> In früheren Entscheiden hielt das Bundesgericht jeweils fest, dass ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 706b Ziff. 3 OR zur Nichtigkeit der entsprechenden Transaktion führe und die Liberierungspflicht des Aktionärs wieder aufleben lasse. Vgl. dazu BGer, Urteil 1P.573/1999 vom 3. Januar 2000, E. 4b; BGE 117 II 290 E. 4d/aa; BGE 109 II 128 E. 2.

<sup>40</sup> Entsprechend dem Wortlaut der neueren Entscheide löst ein Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR eine Rückerstattungspflicht des Empfängers gegenüber der Gesellschaft aus. Vgl. dazu BGer, Urteil 4A\_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2; BGer, Urteil 4A\_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.1; BGE 109 II 128 E. 2.

<sup>41</sup> Damit wird ein Aktionär einer überschuldeten Gesellschaft nicht besser gestellt als derjenige einer Gesellschaft, bei der es einzig an einer vollständigen Deckung des Aktienkapitals fehlt. Vgl. zum Kriterium der Mitteldeckung KÄGI (FN 13), § 4 N 88 ff.

<sup>42</sup> Der Anwendungsbereich von Art. 678 Abs. 2 OR geht bei Leistungen an einen Aktionär nur weiter, als dass auch Eingriffe in die gesetzlichen Reserven darunter fallen.

<sup>43</sup> Siehe vorne Ziff. II.3. und III.1.

Art. 671 ff. (E-)OR mit der Revision des Aktienrechts neu geregelt, womit Klarheit darüber geschaffen wird, ob bestimmte Reserven nun ausschüttbar sind oder nicht. Aufgrund dieser neuen klaren Konzeption der Ausschüttungssperre wie auch der Rückerstattungsklage wird Art. 680 Abs. 2 OR wieder auf seine ursprüngliche Funktion zurückzuführen und eng seinem Wortlaut nach zu verstehen sein, womit dem Aktionär weder statutarisch noch durch gesellschaftsrechtliche Beschlüsse noch durch vertragliche Vereinbarungen ein Rückzahlungsanspruch eingeräumt werden kann. Eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung wie nach geltendem Recht ist nach revidiertem Recht sowohl nicht mehr notwendig als auch nicht mehr zu rechtfertigen. *De lege ferenda* wird jeder ungerechtfertigte Mittelfluss von der Gesellschaft an die Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen nach Art. 678 E-OR rückerstattungspflichtig, weshalb nicht mehr zwischen Eingriffen in geschütztes Kapital und solchen in frei verwendbares Eigenkapital differenziert werden muss.<sup>44</sup> Dies wird einzig in einem Anwendungsfall, der von geringer praktischer Bedeutung ist, zu einer Änderung gegenüber der geltenden Rechtslage führen: Tangiert eine ungerechtfertigte Ausschüttung *de lege lata* das geschützte Kapital, so kann ein gutgläubiger Leistungsempfänger einem Rückerstattungsanspruch nach Art. 680 Abs. 2 OR nicht die Entreichereinsrede entgegensetzen, während dies entsprechend unserem neuen Ansatz gemäss Art. 678 Abs. 3 E-OR möglich sein wird.

## **b) Kein Wiederaufleben der Liberierungspflicht**

In der Botschaft zur Aktienrechtsrevision hält der Bundesrat fest, dass unter anderem durch die Harmonisierung der Bestimmungen zu den Reserven die Rechtssicherheit gestärkt wird.<sup>45</sup> Entsprechend müsste im revidierten Recht eine einheitliche Regelung für die Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Ausschüttungen bestehen, deren Verletzung gleichermassen dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht; mithin – wie dargelegt – einheitlich zu einem Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 E-OR führt. Dieser neue Ansatz ermöglicht eine klare Unterscheidung zwischen dem formalen Liberierungsverfahren auf der einen Seite und der Sanktionierung von unrechtmässig erfolgten direkten oder indirekten Ausschüttungen auf der anderen Seite. Mit anderen Worten soll die Frage der Rückerstattung im revidierten Recht abschliessend über Art. 678 E-OR geregelt werden, womit das Wiederaufleben der Liberierung im Kontext einer unzulässigen Ausschüttung an einen Aktionär entfallen wird.

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu bereits DÜRR (FN 1), § 5 N 51.

<sup>45</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 402.

Vorbehalten bleiben einzig Sachverhalte der Scheinliberierung, wo der Aktionär weiterhin zur Leistung seiner Einlage verpflichtet bleiben muss, da seine Liberierungspflicht in diesem Fall noch nicht erloschen ist.<sup>46</sup> Hier ist der gewissermassen klassische Fall zu nennen, in dem die Gesellschaft einem Aktionär den Betrag zur Begleichung eines zur Erfüllung der Liberierungspflicht aufgenommenen Darlehens zur Verfügung stellt oder die Darlehensschuld gegenüber dem Dritten gleich selbst begleicht.<sup>47</sup> Ferner ist die Geltendmachung der ordnungsgemässen Erfüllung der Liberierungspflicht rechtsmissbräuchlich, wenn sog. simulierte Darlehen vergeben werden, die faktisch der Rückzahlung von Kapital an den Aktionär dienen oder wenn ein Kreditgeber von der Gesellschaft Sicherheiten für ein Darlehen einfordert, das er einem Aktionär zur Liberierung von Aktien gewährt hat.<sup>48</sup>

### c) Verjährungsfristen

Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung untersteht die aus Art. 680 Abs. 2 OR fliessende Liberierungsforderung der Gesellschaft der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR, wobei allerdings betreffend den Zeitpunkt des Beginns des Fristenlaufs in der Lehre Uneinigkeit herrscht.<sup>49</sup> Im Unterschied dazu verjährt die Pflicht zur Rückerstattung gemäss Art. 678 Abs. 4 OR fünf Jahre nach dem Leistungsempfang. Entsprechend dem Konzept der Revision des Verjährungsrechts soll diese Verjährungsfrist mit der laufenden Aktienrechtsrevision angepasst werden:<sup>50</sup> Art. 678a Abs. 1 E-OR sieht für die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren sowie eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vor.

Tangiert eine ungerechtfertigte Leistung sowohl geschütztes Kapital als auch frei verwendbares Eigenkapital, sind die Rechtsbehelfe *de lege lata* gemäss Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 678 OR parallel je für die entsprechenden Verletzungen anzuwenden, womit

---

<sup>46</sup> Vgl. ausführlich zum Ganzen SPÖRRI (FN 1), § 18 N 17 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 17 N 36; MÜLLER (FN 38), 15 f.; a.M. BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 23 (m.w.H.); BÖCKLI (FN 1), § 1 N 362; CR CO II-CHENAUX (FN 34), Art. 680 N 51.

<sup>47</sup> Vgl. BGer, Urteil 4A\_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.1; BGE 109 II 128 E. 2.

<sup>48</sup> Vgl. BGer, Urteil 4C.68/2000 vom 23. August 2000, E. 2b; BGE 109 II 128 E. 2 sowie BGer, Urteil 2C\_537/2008 vom 7. August 2009, E. 3.2.

<sup>49</sup> BGer, Urteil 4C.229/2004 vom 9. August 2004, E. 3.3; BGE 102 II 353 E. 4b; BÖCKLI (FN 1), § 1 N 327 (m.w.H.); CR CO II-CHENAUX (FN 34), Art. 680 N 58; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 14 N 41; VON DER CRONE (FN 13), § 9 N 33 a.M. BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 26, wonach die Forderung unverjährbar ist.

<sup>50</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 5), 530 f.



je nach Anteil unterschiedliche Verjährungsfristen gelten.<sup>51</sup> Nach revidiertem Recht ist auf sämtliche ungerechtfertigten Leistungen eine einheitliche Verjährungsfrist anwendbar, da jeder ungerechtfertigte Mittelfluss nach Art. 678 E-OR rückerstattungspflichtig ist und damit der Verjährungsregelung nach Art. 678a E-OR unterliegt.

#### IV. Schlussbemerkung

Die Überarbeitung der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR im Rahmen der Revision des Aktienrechts ist zu begrüßen. Die Erweiterung des Kreises der Passivlegitimierten um die mit der Geschäftsführung befassten Personen sowie die Mitglieder des Beirats (sowie diesen nahestehende Personen) erscheint insofern sachgerecht, als sich ihre Stellung materiell nicht von den Verwaltungsratsmitgliedern unterscheidet. Ferner soll es für das Entstehen der Rückerstattungspflicht nicht auf die formelle Qualifikation der zugrundeliegenden Leistung ankommen, weshalb die Ausweitung des Inhalts der Rückerstattungspflicht auf Vergütungen, gesetzliche Kapital- und Gewinnreserven und andere Rückzahlungen sachgerecht ist. Durch die Aufhebung der Erfordernisse des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage und der Bösgläubigkeit kann einerseits einfacher festgestellt werden, ob die formellen Voraussetzungen für eine Ausschüttung eingehalten sind. Andererseits entfällt dadurch die nach geltendem Recht bestehende Durchsetzungslücke und damit auch das Erfordernis einer extensiven Auslegung von Art. 680 Abs. 2 OR. *De lege ferenda* wird jeder ungerechtfertigte Mittelfluss von der Gesellschaft an Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen nach Art. 678 E-OR rückerstattungspflichtig, womit eine einheitliche Regelung für die Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Ausschüttungen gilt. Durch die Einführung einer Beweislastumkehr – der Begrenzung des Rückerstattungsanspruchs gegenüber dem gutgläubig Bereicherten nach Art. 64 OR (vgl. Art. 678 Abs. 3 E-OR) – werden die Interessen gutgläubiger Aktionäre als Leistungsempfänger weiterhin geschützt.

Überdies erscheint die Möglichkeit, dass die Generalversammlung einen Beschluss auf Klageerhebung fassen kann, zweckmässig. Da ein Verwaltungsrat, der die Regeln über die Ausschüttung bzw. Ausschüttungssperre verletzt, regelmässig auch pflichtwidrig

---

<sup>51</sup> Art. 678 OR bewirkt aber keine Limitierung des Kapitalschutzes von Art. 680 Abs. 2 OR, weshalb der Behelf von Art. 678 OR auch auf den Teil der unzulässigen Vermögensverschiebung, die auf eine Rückzahlung des geschützten Kapitals hinausläuft, anwendbar ist. Vgl. dazu BSK OR II-VOGT (FN 1), Art. 680 N 29; CR CO II-CHENAU (FN 34), Art. 680 N 63; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 5), 205.

i.S.v. Art. 754 OR handeln dürfte,<sup>52</sup> ist der Abbau prozessualer Hürden bei Rückerstattungsklagen insbesondere nach der bundesgerichtlichen Klarstellung, dass im Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage Alternativität und nicht Subsidiarität gilt,<sup>53</sup> von Bedeutung.

---

<sup>52</sup> BGer, Urteil 4A\_174/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.1; BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 1), Vor Art. 754–761 N 5b; BÖCKLI (FN 1), § 12 N 561.

<sup>53</sup> Die Frage des Verhältnisses der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage kann gemäss Bundesgericht nicht über die Schadenminderungsobliegenheit gelöst werden, weshalb die Klägerin nicht gehalten war, vor dem Verantwortlichkeitsprozess eine Rückerstattungsklage zu erheben (BGE 140 III 533 E. 3.2.3).